

Recurso nº 182/2020
Resolución nº 195/2020

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 13 de agosto de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Nuevos Tiempos Consultores, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 13 de julio, por el que se excluye a la recurrente de la licitación al contrato de servicios “Colaboración y mantenimiento de la gestión operativa de recursos humanos para el Ayuntamiento de Collado Villalba” número de expediente 2891/2019 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Collado Mediano, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 27 de febrero de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 101.323,72 euros y su plazo de duración será de cuatro años.

A la presente licitación se presentaron 8 licitadores.

Con fecha 12 de mayo de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Nuevos Tiempos Consultores S.L., en el que solicitaba la anulación del Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Collado Mediano nº 450/2020 y en consecuencia su admisión al proceso de licitación. Este recurso fue estimado mediante la Resolución 113/2020 de 4 de junio acordada por este Tribunal.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recursos diversas cláusula del anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

“1.20 Subcontratación (Cláusula Veintiséis).

Dadas las características personalísimas del contrato no se permite la subcontratación parcial, ni la cesión del mismo.

Clausula 1ª del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

1.1 Descripción del objeto del contrato.

“La prestación del servicio de Colaboración y mantenimiento de la gestión operativa de recursos humanos: relación de puestos de trabajo, plantilla, elaboración de nómina, seguimiento presupuestario, asesoramiento laboral y aplicación de gestión de personal” (...).

- Servicio de gestión de las nóminas y contratos laborales de manera electrónica*
- Derecho de uso y acceso a las funcionalidades en cloud nivel de seguridad alto.*
- Alojamiento base de datos.*
- Acceso a Herramienta trazabilidad.*
- Servicio de actualización de versiones de forma gratuita.*
- Servicio de ejecución de las copias de la base de datos.*
- Soporte telemático a Usuarios.*
- Mantenimiento legislativo, adaptativo y evolutivo de la solución”.*

Clausula 2^a del PPTP.

Apartado 5. OTROS SERVICIOS DE GESTIÓN/ASESORÍA LABORAL Y JURÍDICO LABORAL.

Confección de fichero con el formato que se determine en cada momento para el pago de nóminas mediante transferencia bancaria.

Consultas verbales y/o telefónicas.

Asesoramiento si se requiere con carácter permanente verbal y/o escrito, en materia laboral y de seguridad social, incluyéndose la redacción y presentación de escritos y documentos.

Preparación de la documentación necesaria en las inspecciones tanto de la seguridad social como de la de trabajo, y asistencia si así se solicita en las mismas.

Redacción y presentación de alegaciones y recursos en vía administrativa ante los organismos que corresponda y respecto de las materias que conforman el objeto del presente contrato.

Control de vencimientos de trienios, retenciones ya judiciales s ya de cualquier otra índole y control de las posibles reducciones de jornada.

Facilitar toda la información necesaria relativa a gastos de personal para la elaboración de los presupuestos municipales.

Elaboración del anexo de personal y plantilla, incluyendo su actualización a través de las posibles modificaciones que se pudieran realizar a lo largo del ejercicio.

Apartado 6. OTROS SERVICIOS GESTION DE LA PLATAFORMA CLOUD, BASE DE DATOS Y ACTUALIZACION DE LA LEGISLACION.

El servicio ha de facilitar el acceso mediante clave y contraseña a los trabajadores a su expediente personal, descargar su nómina y acciones similares de su expediente en consultas.

Poder realizar el cálculo retributivo en base a puestos y plazas, lo que permitirá al Ayuntamiento definir y conocer en tiempo real la estructura de puestos y plazas, su evolución, el histórico, con una fácil localización de todas las modificaciones que hubiere. Conseguir informes de la Relación de Puestos de Trabajo y la plantilla.

Simulaciones sobre para Presupuesto en el Capítulo I en los posibles costes con la plantilla actual y posibles cambios diversos que se puedan introducir en una aplicación informática. Simulaciones de importes de nóminas y sus costes asociados.

Disponibilidad de acceso a la aplicación que permita recopilar información global, que permita presentar diferentes gráficos indicadores de la gestión de Recursos Humanos de un Ayuntamiento. Permite a los Cuadros Técnicos y Políticos conocer tendencias y patrones de comportamiento para comprobar el buen funcionamiento de departamentos.

Detalles de la actividad:

Se establece que de la actual aplicación de gestión en esta materia el adjudicatario del contrato tendrá que implantar y realizar la migración de las prestaciones incluidas en el contrato del sistema actual, software de nómina ATM, en un plazo máximo de dos meses desde su inicio.

- Gestión mediante acceso a los servidores del adjudicatario por Internet: (...).
- Actualizarse con la Legislación. (...).
- Gestión de nuevas Altas de personal y sus posibles incidencias: (...).
- Gestión de Nómina: (...).
- Confección de documentos para aportar a otros organismos públicos: (...)
- Notificar y gestionar en plataformas informáticas de otros organismos oficiales (...).

La plataforma deberá incorporar mecanismos de integración con terceros mediante estándares como XML, SOAP y HTTP a través de servicios web. Estos mecanismos se utilizarán tanto para la integración con los aplicativos ya implantados en el Ayuntamiento de Collado Mediano como para la integración obligatoria con otras plataformas en cumplimiento de normativas legales con entidades como TGSS, Agencia Tributaria, SEPE, etc. La integración deberá ser para algunos casos bidireccional de manera que el software permita en ciertos casos leer información de otros sistemas para la confección de la nómina.

Igualmente, la plataforma incluirá obligatoriamente un apartado para la generación de consultas de forma dinámica contra toda la información almacenada en su base de datos.

SEGURIDAD

En el acceso al sistema, la identificación y autenticación del usuario se hará mediante un sistema de claves y contraseñas configurables. El sistema obligará a renovar contraseñas y rechazará las que sean claramente vulnerables.

La seguridad del sistema se debe definir a dos niveles:

- Seguridad de acceso basada en roles que pueden ser asignados directamente a un usuario de la aplicación o que se pueden asignar en base a reglas de selección de roles en base a criterios basados en los datos de la aplicación misma. - Seguridad de datos. Debe ser posible filtrar las tablas, campos y filas que puede ver o editar cada usuario.

Será necesario disponer de una auditoría extensiva y eficaz controlando tanto las fechas como los usuarios que modifiquen información relevante. Permitir que la auditoría sea parametrizable (activar / desactivar funciones).

El software cliente será compatible para trabajar en entornos Windows, en versiones de 32 o 64 bits.

En atención a las múltiples vicisitudes que pueden acontecer dentro de lo que es el objeto del presente contrato, se entiende que el contenido de los trabajos reflejados es redactado sin ánimo de exhaustividad y quedaran englobados todos a aquellos trabajos que pese a no haber sido relacionados tengan una incidencia en el objeto o del contrato.

Tercero.- El 23 de julio de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Nuevos Tiempos Consultores S.L., en el que solicita la anulación del acuerdo de la Mesa de Contratación adoptado el 13 de julio por la que se excluye su oferta al no cumplir con los requisitos técnicos requeridos en los pliegos de condiciones que rigen esta contratación.

El 29 de julio de 2020, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 13 de julio de 2020, practicada la notificación el mismo

día, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 23 de julio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de exclusión adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se fundamenta en la controversia sobre si las aplicaciones informáticas deben ser de titularidad y propiedad de la empresa licitadora o bien pueden ser adquiridas las licencias de uso a otras empresas.

A este respecto el recurrente indica: “Así, en el escrito de exclusión se menciona como fundamentación de la exclusión lo siguiente: (...) siendo consustancial a la ejecución del servicio que se pretende contratar con todos sus aspectos el disponer de una aplicación en cloud propia por el licitante, ofrecer sus servicios por Internet con ese software y que se explicita en su Cláusula 2^a, punto 6º. Un Software que ha de ser propio, con garantía, soporte y mantenimiento incluido, tal como se indica en la Cláusula 5^a del mismo pliego técnico, del propio licitante que se presenta a esta contratación”.

Pone de manifiesto que “la Mesa de contratación, como ya ocurrió en la anterior exclusión, confunde distintas fases del procedimiento de licitación. Así, excluye la oferta presentada por la mercantil a la que represento en la fase de apertura de la oferta técnica, pero acudiendo al incumplimiento de unos supuestos requisitos técnicos (que no aparecen en ningún apartado de los pliegos) que según la Mesa de contratación están contemplados en la cláusula 2^a punto 6º y en la cláusula 5^a, sin embargo, dichas cláusulas del PPTP no hacen referencia a los requisitos que debía tener la Memoria técnica relativa a los criterios sujetos a juicio de valor, sino que son CONDICIONES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO”.

Invoca la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales nº 988/2019, con cita de la Resolución 838/2019, que establece: “el examen de las obligaciones de ejecución debe realizarse durante la ejecución del contrato y no anticipadamente y preventivamente durante la licitación del contrato”.

Asimismo considera que los requisitos técnicos a los que hace referencia la notificación de exclusión (disponer de una aplicación en cloud propia por el licitante, un software que ha de ser propio) no vienen contemplados en la cláusula 2^a punto 6^º ni en la cláusula 5^a del PPTP que han sido transcritos en los fundamentos de hecho de la presente resolución.

En base a todo ello invoca la obligatoriedad para todas las partes de lo recogido en los pliegos de condiciones y en consecuencia considera que no hay motivo legal alguno para excluir su oferta de la licitación.

Por su parte el órgano de contratación deja claro su intención de que la empresa licitadora debe contar con la titularidad de las aplicaciones informáticas a utilizar para ejecutar el contrato en sus estrictos términos. Entendiendo que la adquisición de licencias de uso de aplicaciones informáticas a otras empresas constituye una forma de subcontratación, no permitida en los pliegos de condiciones y no habiendo sido impugnada en plazo y forma.

Por todo ello, manifiesta que analizada la oferta presentada por la recurrente se comprueba que no cuenta con la titularidad de las aplicaciones que van a ser utilizadas teniendo que acudir a la adquisición de licencias de uso de dos aplicaciones pertenecientes a dos empresas distintas.

Tal y como expone en su escrito al recurso : *“Es una decisión del órgano de contratación, desde el principio dar una prioridad al apartado tecnológico de la*

solución, así se desprende de la memoria justificativa del contrato y de los pliegos técnicos siendo consustancial a la ejecución del servicio que se pretende contratar con todos sus aspectos el disponer de una aplicación en cloud propia por el licitante, ofrecer sus servicios por Internet con ese software y que se explicita en su Cláusula 2^a, punto 6º. Un Software que ha de ser propio, con garantía, soporte y mantenimiento incluido, tal como se indica en la Cláusula 5^a del mismo pliego técnico, del propio licitante que se presenta a esta contratación”.

Alega que la propia recurrente en su oferta, reconoce que parte de la prestación la efectuará mediante servicios de otra empresa, incluyendo textualmente dicha manifestación que se reproduce: “el servicio de gestión de las nóminas y contratos laborales de manera electrónica se llevará a cabo a través de www.tupuestodetrabajo.com, nuestro servicio específico de sede electrónica de la empresa de software Add4u’, así como que ‘haremos uso’ (...) ‘para la gestión y confección de nóminas con las licencias oportunas: servicios informáticos de Office 365 de Microsoft, software específico de gestión de nóminas DelSol’. Añade que: ‘comprobado por Internet se verifica que es otra entidad la titular de la aplicación. Tampoco indica su capacidad en cloud”.

Considera por una parte que en ningún momento se halicitado este contrato por parte de la recurrente en UTE con ninguna empresa y recuerda que la subcontratación está prohibida según se establece en el PCAP.

Concretadas las posiciones de las partes, debemos recordar que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la

aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de servicio los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores de la prestación objeto de la contratación, y que por lo tanto implican unos mínimos que deben realizarse. Recae por tanto en los poderes adjudicadores la responsabilidad de definir en los pliegos las exigencias que delimitarán la ejecución del contrato de forma que resulten proporcionadas y permitan la ejecución del mismo en sus propios términos, comprobando su cumplimiento en fase de licitación y posteriormente de adjudicación. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Dicho lo cual es función de este Tribunal analizar a la vista del contenido de los pliegos de condiciones si la titularidad de la licitadora sobre las aplicaciones a utilizar para la ejecución del contrato se encuentra recogido entre las obligaciones establecidas en éstos.

Es evidente la intencionalidad de órgano de contratación mostrada a través del escrito de contestación tanto al presente recurso como al que dio lugar a la resolución de este Tribunal número 113/2020 de 4 de junio.

Ahora bien, revisados los pliegos de condiciones en su integridad, en ningún

lugar aparece la condición de que el licitador debe ser el propietario de la aplicación o aplicaciones a utilizar en la ejecución del contrato.

La mención efectuada en torno al mantenimiento y garantía de las aplicaciones no puede considerarse un rasgo esencial y exclusivo de la propiedad.

Es necesario recordar que la Resolución 113/2020 establecía: “*Se advierte al órgano de contratación que la subcontratación se define como la prestación de parte del servicio a través de otra empresa. Parece que del informe al recurso formulado por el Ayuntamiento de Collado Mediano, considera subcontratación la compra, alquiler o cualquier otra forma de posesión de bienes o suministros necesarios para la ejecución del contrato, como puede ser la plataforma cloud que no es más que un espacio que se alquila a un proveedor por tiempo y cantidad determinada o software disponibles en el mercado y que se utilizan como herramientas de trabajo, toda vez que el desarrollo de estas aplicaciones comportan su licencia de uso por terceros, siendo el caso más ilustrativo el Microsoft office*”.

Por lo tanto este Tribunal vuelve a insistir que la adquisición de una licencia de uso de una aplicación informática, considerada como suministro según la LCSP, no es una subcontratación, sino la adscripción de medios materiales al contrato.

Recordar asimismo que según el art. 215 de la LCSP, siempre se permitirá la subcontratación salvo en dos circunstancias que no se dan en este contrato, añadiendo que la limitación en la subcontratación en ningún caso podrá suponer una restricción a la competencia. Es por ello que la inadmisión de la subcontratación que establece el PCAP no es conforme a norma, pero no habiendo sido impugnado el PCAP por este motivo, debe entenderse como admitido por todas las partes.

Es asimismo necesario destacar que si atendemos a la dimensión de este contrato que tiene un valor estimado de 101.323,72 euros con vigencia total de cuatro años, es sin duda una licitación especialmente dirigida y atractiva para PYMES, que

desde luego no son propietarias de aplicaciones tan detalladas y específicas como las que aquí se requieren y cuyo coste es muy elevado.

Por todo lo expuesto este Tribunal considera que si bien la intención del órgano de contratación ha quedado constatada perfectamente en su escrito al recurso, no ha sido trasladada con acierto a los pliegos de condiciones, no pudiendo en consecuencia considerar la utilización de aplicaciones informáticas que no sean de propiedad del licitador como un incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones. Por todo ello estima el recurso en base a este motivo, anulando la exclusión de la empresa recurrente a la licitación y retrotrayendo las actuaciones hasta ese momento, a partir del cual y con la inclusión de la oferta de Nuevas Tecnologías se procederá a calificar las ofertas y ejecutar el resto de actuaciones hasta la adjudicación y formalización del contrato con la empresa que haya presentado la mejor oferta en relación calidad precio.

En cuanto a la solicitud por parte de la recurrente de una indemnización por los perjuicios que la actuación de la mesa de contratación ha producido, este Tribunal es incompetente para determinar indemnizaciones.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Nuevos Tiempos Consultores S.L. contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 13 de julio de 2020, por el que se excluye a la recurrente de la licitación al contrato de servicios “Colaboración y mantenimiento de la gestión

operativa de recursos humanos para el Ayuntamiento de Collado Villalba” número de expediente 2891/2019, anulando el acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente y retrotrayendo las actuaciones hasta el momento de su exclusión prosiguiendo las actuaciones tal y como se ha manifestado en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.